„Passive Assistenz" polizeilicher Exekutivorgane als hoheitlicher Verwaltungsakt

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau
vorgelegt von

Werner Haucke
Gerichtsreferendar

1929

Druck Anton Schreiber, Breslau

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter:
Geheimer Oberregierungsrat Professor Dr. Helfritz

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548206_0044

Literaturverzeichnis

Andersen: Ungültige Verwaltungsakte, 1927.

v. Bitter: Handwörterbuch der preußischen Verwaltung, Bd. I und II, 1928.

v. Brauchitsch: Die preußischen Verwaltungsgesetze, Bd. I, 1925.

D. J. Z.: Deutsche Juristenzeitung 1926.

Drews: Preußisches Polizeirecht, Bd. I, 1927.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 6. und 7. Aufl. 1922, 8. Aufl. 1928.

Foerstemann: Prinzipien des preußischen Polizeirechts, 1869.

Friedrichs: Das Landesverwaltungsgesetz, 1910.

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 1924.

Herrnritt: Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1921.

Hue de Grais: Handbuch der Verfassung und Verwaltung, 1926.

Illing-Kautz: Handbuch für preußische Verwaltungsbeamte, Bd. I, 1905.

Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen, 1913.

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 1928.

Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. II, 1911/13.

Loening: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1884.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1895.

Meyer, Georg: Verwaltungsrecht, Bd. I, 1893/94.

Meyer-Dochow: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1910.

O. V. G.: Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts, Bände 3, 4, 5, 6, 9, 22, 29, 32, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 57, 58, 59, 66, 72, 73, 75, 76, 77, 79, 80.

R. G. Z.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 51.

R. G. Str.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 18 und 32.

Retzlaff: Polizeihandbuch, 1925.

Rosin: Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 1895.

Thoma: Der Polizeibefehl im badischen Recht, Bd. I, 1906.

„ Grundrechte und Polizeigewalt, in Festgabe für O. V. G. S. 183 ff, 1925.

„Passive Assistenz“ polizeilicher Exekutivorgane als hoheitlicher Verwaltungsakt!

Die Erscheinungsformen jeder Staatsverwaltung können sich als Äußerungen der staatlichen Hoheitsgewalt mit unmittelbarer Erzeugung einer Unterwerfungspflicht für den Staatsbürger darstellen oder können ohne hoheitliche Überordnung auf den Willen des Untertanen einwirken; sie richten sich dann an seinen Verstand, an sein Fühlen oder sein Begehren. Das Eigentümliche dieser Äußerungen der Staatsverwaltung besteht in dem Mangel eines obrigkeitlichen Gehalts; die Behörde handelt in solchem Falle rein „gesellschaftlich“ [1]). Diese Unterscheidung zwischen hoheitlichen und nichthoheitlichen Willensäußerungen der Staatsgewalt hat ihre wichtige juristische Bedeutung vor allem für die Frage der Anfechtbarkeit einer Maßnahme vor den Verwaltungsgerichten.

Auch für die hier zu behandelnde Frage nach der Rechtsnatur „passiver Assistenz“ polizeilicher Exekutivorgane ist diese Unterscheidung in ihrer praktischen Auswirkung von maßgebender Bedeutung. Dazu bedarf es zunächst einer Erläuterung und Definition des Begriffs der „passiven Assistenz“. Wie fast sämtliche Rechtsbegriffe des Verwaltungsrechts nicht zuerst durch einen Akt des Gesetzgebers zur Entstehung gelangt sind, sondern im Laufe der Zeit durch tatsächliche Ausübung der Verwaltungsbehörden mit nachfolgender juristischer Bewertung in Recht-

---

[1]) Jellinek, Walter, Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen, 1913. S. 256, § 10, I, 2 g.

sprechung und Wissenschaft zu allgemein geläufigen und verständlichen Begriffen sich herausgebildet haben, so ist auch die Bildung des Ausdrucks „passive Assistenz" nicht durch Begriffsbestimmung in formellen oder materiellen Rechtssätzen erfolgt, sondern hat sich durch Übung des obersten preußischen Verwaltungsgerichtshofes aus der Verwaltungspraxis heraus ergeben. Der Begriff der „passiven Assistenz" wurde geprägt zur rechtlichen Erfassung desjenigen physischen Verhaltens polizeilicher Organe, das sich zwar durch deren tatsächliche körperliche Anwesenheit in vielen Fällen als einen bereits bewirkten Eingriff in die Rechtssphäre des Staatsbürgers darstellte, das aber infolge äußerer völliger Passivität an sich formell nicht die Voraussetzungen eines hoheitlichen Verwaltungsaktes, konkreter gefaßt, einer „Polizeiverfügung" im Sinne des Landesverwaltungsgesetzes erfüllte. Um uns den abstrakten Begriff der „passiven Assistenz" in seiner praktischen Auswirkung klar vor Augen zu bringen, legen wir unseren Erörterungen über die Rechtsstruktur obigen Begriffes am zweckmäßigsten den dem Oberverwaltungsgericht zur Entscheidung vorgelegenen Tatbestand zugrunde:[2])

Die Eheleute N. haben sich getrennt. Die Frau ist in der ehelichen Wohnung geblieben, der Mann ist in einen Gasthof übergesiedelt und hat bei seinem Fortgang den Dienstboten befohlen, außer seiner Frau keine Personen, auch nicht die Verwandten seiner Frau, einzulassen, vor allem aber nicht zu dulden, daß Sachen aus der Wohnung weggeschafft würden. Eines Tages erschien auf Verabredung mit Frau N. deren Bruder L. in Begleitung eines Polizeibeamten, des Reviervorstehers, vor der Tür der Wohnung und verlangte Einlaß. Der Einlaß wurde von dem öffnenden Diener unter Berufung auf den Befehl des N. verweigert, jedoch durch den Polizeibeamten erzwungen. L. drang mit diesem in die Wohnung ein und verließ sie erst, nachdem in seiner Gegenwart und unter Duldung des Polizeibeamten viele Sachen aus ihr, in Koffer und Körbe verpackt, durch herbei geholte Dienstmänner hinausgeschafft worden waren. N., der den Aufenthalt des Polizeibe-

---

[2]) OVG. Bd. 58, S. 264 ff.

amten in seiner Wohnung als einen hoheitlichen Verwaltungsakt auffaßt, klagt im Verwaltungsstreitverfahren auf Aufhebung der in dem Verhalten des Polizeibeamten liegenden polizeilichen Verfügung.

Das Oberverwaltungsgericht erachtete die formelle Zulässigkeit dieser Klage durch Anerkennung der polizeilichen Maßnahme als Polizeiverfügung für gegeben. Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, die rechtliche Haltbarkeit dieses Anerkenntnisses nicht nur aus seiner praktischen Notwendigkeit heraus, sondern eben gerade im Rahmen der geltenden Verwaltungsrechtsnormen darzulegen.

Die für Polizeiverfügungen einschlägigen Bestimmungen der §§ 127 ff des LVG. gewähren die wahlweisen Rechtsmittel der Beschwerde und der Klage im Verwaltungsstreitverfahren nur gegen „polizeiliche Verfügungen", nicht auch gegen jede andere Erscheinungsform der Polizeigewalt und dann auch nur gegen Verfügungen von „Behörden" der Orts- und Kreispolizei. Eine Untersuchung und Abgrenzung des polizeilichen Verfügungsbegriffes muß ergeben, ob einerseits ein äußerlich rein passives Verhalten eines Polizeibeamten als polizeiliche „Verfügung" — als Hoheitsakt — erachtet werden kann, andererseits ob Anordnungen eines „Exekutivbeamten" mit den Rechtsmitteln der §§ 127 ff LVG. angreifbare Hoheitsakte darstellen.

Unter den hoheitlichen Tätigkeiten der Polizei erscheint in erster Linie der Polizeibefehl in seinen beiden Abarten, der Polizeiverordnung und der befehlenden Polizeiverfügung, wobei letztere wieder unter den Allgemeinbegriff des Verwaltungsaktes sich eingliedert. Im folgenden soll die Bezeichnung einer Polizeitätigkeit als „Verwaltungsakt" und „Polizeibefehl" immer nur im Hinblick auf den Spezialbegriff der „Polizeiverfügung" gebraucht werden. Dazu bedarf es zunächst wieder einer Definition dieser Begriffe.

Einen wesentlichen Einfluß auf die Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes hat Otto Mayer ausgeübt, der ihn als „ein der Verwaltung zugehörigen obrigkeitlichen Ausspruch" abgrenzt, „der dem Untertan im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll"[3]. Otto Mayers Lehren ist es zu verdanken, wenn sich der Sprachgebrauch dahin gewandelt hat, daß man die nicht hoheitlichen Handlungen des Staates nicht mehr als Verwaltungsakte zu bezeichnen pflegt. Trotzdem muß man aber die von Otto Mayer gegebene Definition des Verwaltungsaktes als zu eng ablehnen, wenn er ihn als Gegenstück zum gerichtlichen Urteil hervorhebt, das ebenfalls ein Rechtsverhältnis bindend feststellt, und wenn er verlangt, daß das Urteilsmäßige in jedem Verwaltungsakte zum Ausdruck kommen muß. Wir müssen uns hier vielmehr in Gegensatz zu ihm und dem seiner Richtung in diesem Punkte folgenden Andersen[4]) setzen und behaupten, daß es Verwaltungsakte mit hoheitlicher Willensäußerung gibt, die aber trotzdem keinen urteilsmäßigen Ausspruch bedeuten, z. B. Festnahme zwecks Verbringung in Schutzhaft, Absperrung von Straßen zum Zwecke der Instandsetzung usw. Wir umgrenzen mit Jellinek[5]) den Verwaltungsakt weiter als Otto Mayer und bezeichnen als Verwaltungsakt „jede hoheitliche Willensäußerung für den Einzelfall innerhalb der Verwaltung". Otto Mayer sowohl wie auch Jellinek aber betonen den konkreten Inhalt des Verwaltungsaktes als typische Eigenschaft, wodurch vom Begriff des Verwaltungsaktes alle Gesetzgebungsakte ausgeschlossen sind, wie überhaupt alle Rechtssätze, die ja ihrem Wesen nach einen abstrakten Inhalt haben[6]).

Polizeibefehl nennt Thoma „jeden obrigkeitlichen Befehl, der für die Zwecke der inneren Staatsverwaltung dem Untertan als solchem eine bestimmte Handlung oder

---

[3]) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 93, § 9. v. 1895. Genau so Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 1924, S. 7, § 2, II.

[4]) Ungültige Verwaltungsakte, 1927, S. 27, § 3, I.

[5]) Verwaltungsrecht 1928, S. 239, § 11, I.

[6]) Genau so auch Hatschek, a. a. O. S. 7, § 2, II.

Unterlassung gebietet"[7]), wobei er das Tätigkeitsgebiet der inneren Staatsverwaltung mit den polizeilichen Aufgaben identifiziert. Die Polizeigewalt hat zwei Formen, um rechtliche Verpflichtungen zu erzeugen[8]). Der Polizeibefehl kann nämlich entweder Rechtssatz oder Verwaltungsakt sein. Durch die allgemeine Regelung eines Rechtssatzes kann die Pflicht des Staatsbürgers dann zur Entstehung gebracht werden, wenn bei ihm die Voraussetzungen eintreten, an die der Rechtssatz die Verpflichtung hat knüpfen wollen[9]). Durch Verwaltungsakt bestimmt die Verwaltungsbehörde unmittelbar, was für den Einzelfall Rechtens sein soll. In dem unserer Erörterung zugrunde gelegten Tatbestand ist durch das Eingreifen des Reviervorstehers die Polizei im Einzelfall tätig geworden, so daß für uns hier nur der unmittelbare Verwaltungsakt von Interesse ist, im Gegensatz zur „Polizeiverordnung" als „Polizeiverfügung" bezeichnet.

Während sich die Polizeiverordnung schon durch ihre Form klar von anderen Staatsakten unterscheidet, ist die begriffliche Abgrenzung der Polizeiverfügung nicht ganz einfach, hier aber doch nötig, da die Zulässigkeit der von N. erhobenen Klage im Verwaltungsstreitverfahren davon abhängig gemacht werden muß, ob die angefochtene polizeiliche Maßnahme eine Polizeiverfügung ist oder nicht. Jellinek[10]) versteht unter „Polizeiverfügungen alle positiven und negativen Verwaltungsakte, die eine Polizeibehörde in Ausübung ihrer, wenn auch falsch verstandenen oder mißbräuchlich gehandhabten Polizeigewalt vornimmt".

---

[7]) Der Polizeibefehl im badischen Recht, Bd. 1, 1906, S. 53, §. 7, II.

[8]) Vgl. Otto Mayer, a. a. O. S. 228, § 21, I und Thoma, a. a. O. S. 53, § 7, II.

[9]) Hierbei ist unter Rechtssatz nicht nur Gesetz im formellen, sondern auch im materiellen Sinne gleich Verordnung zu verstehen, wobei letztere allgemein auf polizeilichem Gebiet als „Polizeiverordnung" bezeichnet, eine häufige Erscheinungsform der Polizeigewalt bildet.

[10]) Verw. R. a. a. O. S. 411, § 20, I, 3.

Peters[11]) geht bei seiner Definition mehr ins einzelne, indem er die Polizeiverfügung als eine „ein Gebot oder Verbot enthaltende, an individuell bestimmte Adressaten gerichtete empfangsbedürftige Willenserklärung der Polizei" auffaßt, „durch welche ein bestimmtes äußeres Verhalten von Menschen geregelt werden soll". Im Ergebnis stimmt er aber mit Jellinek überein, da dieser mit dem Begriff des „Verwaltungsaktes" nach dem oben Dargelegten die von Peters speziell normierten Begriffe des „Geoder Verbots", des „Individuellen" und „Bestimmten" mit umfaßt und nur die Empfangsbedürftigkeit der polizeilichen Willenserklärung in seiner Definition nicht zum Ausdruck gebracht hat, was aber bei unserer Untersuchung ohne Bedeutung ist. Auch die Rechtsprechung[12]) stimmt in der Abgrenzung dieses Begriffes in den Hauptmerkmalen mit der Literatur überein, indem man als Kernpunkt im Wesen der Polizeiverfügung die unmittelbare Regelung eines konkreten Vorkommnis, die „Rechtsetzung für den Einzelfall", bezeichnet hat[13]). Das Kriterium des Verfügungsbegriffes aber im Hinblick auf das von uns auf seine Rechtsnatur hin zu untersuchende Verhalten des Reviervorstehers in der Wohnung des N. haben wir in der Klarlegung der Frage zu sehen, ob eine polizeiliche Verfügung formlos durch schlüssige Handlung erklärt und solche Verfügung als staatlicher Hoheitsakt gewertet werden kann, und zwar selbst dann, wenn diese „Verfügung" von einem Exekutivbeamten erlassen worden ist.

---

[11]) In Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung 1926, S. 386, § 198. Vgl. zu beiden Definitionen auch Loening, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1884. S. 240, § 52; Meyer-Dochow, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1910, S. 85, § 21; Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 1895, S. 95, § 12, III.

[12]) Vgl. von den angezogenen Entscheidungen des OVG. nur Bd. 34, 430; 43, 200; 49, 208.

[13]) Anderer Ansicht Rosin, a. a. O. S. 13, § 3 und Foerstemann, Prinzipien des preußischen Polizeirechts, 1869, S. 206, die das „Individuelle" und „Bestimmte" nicht für ein begriffliches Erfordernis der Verfügung halten.

Allgemeine positive Vorschriften über die Formgebundenheit des Verwaltungsaktes wie auch der Polizeiverfügungen finden wir im Verwaltungsrecht nicht. Auch spezielle Formvorschriften sind nicht besonders häufig, aber stellenweise werden sie doch in den Gesetzen gefordert, indem diese dann für gewisse Verwaltungsakte schriftliche Form anordnen. In konsequenter Folgerung dieser Tatsache können wir daher zu der allgemeinen Behauptung kommen, daß grundsätzlich der Verwaltungsakt ohne positive Vorschrift nicht als an irgendeine Form gebunden angesehen werden kann. Wohl meint Otto Mayer[14]), daß zum Besten des Betroffenen schriftliche Mitteilung notwendig wäre, „damit er den Inhalt des Aktes gegenwärtig habe und prüfen kann, was er soll, und ob er seine Rechte dagegen wahren muß", und empfiehlt de lege ferenda im Sinne des heutigen Rechtsstaates am besten hier wieder dem Vorbild der Ziviljustiz zu folgen, die schriftlich mitteilt; nur für den Notfall, bei dringender Gefahr, sollte mündlicher Befehl offen bleiben. Dieser Standpunkt Otto Mayers ergibt sich wieder daraus, daß er, wie bereits angeführt, das „Urteilsmäßige" als begriffsnotwendig in dem Wesen des Verwaltungsaktes enthalten glaubt, und daher folgerichtig die schriftliche Form des Urteils auch für den Verwaltungsakt fordert. Ganz sicher könnte manches für die Ansicht Otto Mayers sprechen, daß wichtigere[15]) Verwaltungsakte stets schriftlich dem Adressaten zugehen müßten. Denn wie Andersen[16]) richtig hervorhebt, hat der Verwaltungsakt in zahlreichen Fällen die gleichen materiellen Funktionen wie das Urteil, nämlich Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden und Rechtsverhältnisse klarzulegen, also Klarheit und Rechtssicherheit an die Stelle von Unklarheit und Unsicherheit zu setzen; und zur Erreichung dieses Zieles ist in erster Linie erforderlich, daß Klarheit und Sicherheit bezüglich des Verwaltungaktes selbst besteht, was am besten durch die Anwendung der Schriftform gewährleistet wird. Aber er selbst erkennt so-

[14]) a. a. O. S. 235/36, § 21, II, 2.

[15]) Nicht aber, wie er a. a. O. S. 235/36 offenbar meint, alle Verwaltungsakte.

[16]) a. a. O. S. 112/113, § 12.

fort auch die Bedenken, welche sich aus der Bindung des Verwaltungsaktes an die langsamere und umständlichere Schriftform ergeben würden, und kommt ähnlich wie Otto Mayer[17]) zu dem Ergebnis, daß Formgebundenheit von Verwaltungsakten der modernen Rechtsauffassung nicht entspräche und eine Ausnahme bilde, deren positive Bestimmung erforderlich sei. Es wäre in anderem Falle auch nicht zu verstehen, warum das Gesetz die Notwendigkeit der Formgebundenheit eines Verwaltungsaktes in besonderen Fällen ausdrücklich hervorhebt, wenn vom Gesetzgeber eine Gebundenheit aller Verwaltungsakte an gewisse Formen stillschweigend zu ihrer Wirksamkeit als erforderlich vorausgesetzt worden wäre.

Wenn auch Otto Mayer schließlich „mangels besonderer Vorschriften"[18]) die Notwendigkeit der Schriftform im geltenden Recht nicht aufrechterhalten kann, hält er dennoch, wieder in Parallele mit dem Zivilrecht, nur die Erklärungen für gültig abgegeben, die in derselben Weise geschehen sind wie ausdrückliche Willenserklärungen in zivilrechtlichen Verhältnissen. Seiner Ansicht nach paßt die Form der stillschweigenden Willenserklärung jedenfalls nicht für den obrigkeitlichen Akt. Sie müsse hier ebenso ausgeschlossen sein wie beim Urteil[19]). Der Ansicht von Kormann[20]) und Andersen[21]) folgend geben wir zwar als richtig zu, daß die Form im öffentlichen Recht eine größere Rolle spielt als im Privatrecht, müssen aber trotzdem mit ihnen auch im öffentlichen Recht die Formlosigkeit als Grundsatz proklamieren. Wir stellen uns demnach in Gegensatz zu Otto

---

[17]) a. a. O. S. 236; vgl. dazu auch v. Brauchitsch, Die preußischen Verwaltungsgesetze, 1925, Bd. 1, S. 281, b, der nur Erkennbarkeit der polizeilichen Wünsche verlangt, damit der Adressat sie mit Rechtsmitteln angreifen könne.

[18]) Vgl. a. a. O. S. 236.

[19]) Dieser Vergleich ist m. E. nach unbrauchbar, da für das Urteil sogar Schriftlichkeit gefordert wird, und somit hier die Zulässigkeit der stillschweigenden Erklärung von vornherein und ausdrücklich ausgeschlossen ist.

[20]) System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910, S. 175, § 22, I, 3.

[21]) a. a. O. S. 27, § 3, II, 1 und S. 114, § 12.

Mayer und behaupten, daß die öffentlich-rechtliche Willenserklärung, der hoheitliche Verwaltungsakt, im Zweifel ebensowenig wie die Willenserklärung des Privatrechts einer besonderen Form bedarf. Dieser Grundsatz der Formlosigkeit darf in Wissenschaft[22] und ständiger Rechtsprechung[23] des obersten Gerichtshofes als allgemein anerkannt bezeichnet werden. In gradliniger Durchführung dieses Erkenntnisses geben wir damit auch der Zulässigkeit stillschweigend erklärter Hoheitsakte der Verwaltung Raum, erkennen damit die Gültigkeit solcher durch schlüssige Handlung erklärter Polizeibefehle an. Denn auch die Mündlichkeit kann schon Form sein. Doch wäre in solchem Falle stets noch zu untersuchen, ob die Mündlichkeit eine Form des Verwaltungsaktes selbst oder, ebenso wie stets die Öffentlichkeit, nur eine Form seiner Kundgabe ist[24].

Auch Jellinek[25] bejaht die Zulässigkeit stillschweigend erklärter Verwaltungsakte und stützt seine Ansicht darauf, daß die Rechtsprechung namentlich dort diese Frage bejaht, wo der Verwaltungsakt keinen Eingriff enthält und zu einer anderweit vorbereitenden Rechtslage bloß hinzutritt[26]. Hier führt er die Erkenntnisse des Oberverwaltungsgerichts darüber an, daß die zur gültigen Widmung eines Weges wie auch die zur Einziehung eines öffentlichen Weges erforderliche Zustimmung der Wegepolizeibehörde stillschweigend erfolgen kann[27], und findet den Grund für die Stellung des Oberverwaltungsgerichts in der „Verwandtschaft zwischen stillschweigender Genehmigung und Nichterhebung eines Einspruchs". In anderen Fällen, behauptet er, sei eine Sanktionierung stillschweigend ergangener Verwaltungsakte durch die Gerichte nur dann erfolgt, wenn ohne die Annahme solcher Akte die Rechtsstellung des Bürgers unbillig schlecht gestaltet werden

[22]) Vgl. alle bisher zitierten Schriftsteller außer Otto Mayer, und dazu noch Friedrichs, Das Landesverwaltungsgesetz, 1910, S. 278; v. Brauchitsch, a. a. O. Bd. 1, S. 281, Kap. IV, 29, b.

[23]) Bd. 43, S. 210; 47, 395; 58, 265; 75, 341.

[24]) Vgl. Kormann, a. a. O. S. 181, § 22, IV, 2; vgl. auch Andersen, a. a. O. S. 109—113.

[25]) Gesetz — — —, a. a. O. S. 225, § 11, 1, Anm. 3.

[26]) Verw. R. a. a. O. S. 262, § 11, IV, 1.

[27]) OVG. Bd. 76, 364 ff und 72, 329 ff.

würde[28]). Dagegen lehnt er die Zulässigkeit stillschweigender Verwaltungsakte zuungunsten des Bürgers als „den Idealen des Rechtsstaates widersprechend" als unwirksam ab[29]) und gründet seine Ansicht hauptsächlich auf die vom Oberlandesgericht Darmstadt gefällte Entscheidung[30]) über die Unwirksamkeit stillschweigender Genehmigung ortsstatutarischer Vorschriften sowie auf die Unmöglichkeit einer stillschweigenden Entziehung gewerbepolizeilicher Genehmigungen.

Diesem Gedanken können wir, wenigstens bezüglich seiner Gründung auf die beiden erwähnten Fälle, doch nicht ganz folgen. Es muß zwar im Anschluß an die oben dargelegte Lehre Otto Mayers unbedingt zugegeben werden, daß es dem Sinne des Rechtsstaatsgedanken an sich widersprechen würde, wollte man den hoheitlichen Eingriff in die Rechtssphäre des Staatsbürgers, den Verwaltungsakt zu seinen Ungunsten, in der Form der stillschweigenden Erklärung ohne Berücksichtigung besonderer tatsächlicher Verhältnisse allgemein als zulässig anerkennen; andererseits darf man doch aber nicht verkennen, daß die Unwirksamkeit stillschweigender Genehmigung ortsstatutarischer Vorschriften und stillschweigender Entziehung gewerbepolizeilicher Genehmigungen in der Hauptsache auf Erwägungen anderer Art beruht, und daß vor allem in Wissenschaft und Rechtsprechung diese Einschränkung der Formlosigkeit niemals irgendwie besonders hervorgehoben, vielmehr der „Grundsatz der Formlosigkeit"[31]) ohne Einschränkung proklamiert wird.

Für das der Entscheidung des OLG. Darmstadt zugrunde liegende Ortsstatut war durch formelles Reichsgesetz die Rechtsgültigkeit ausdrücklich an die Genehmigung des Ministers gebunden. Ortsstatuten sind ebenso wie Rechtsverordnungen Rechtssätze im materiellen Sinne, d. h. dem beschließenden Verwaltungsorgan ist durch formelles Gesetz — d. i. ein Gesetz, das durch die ver-

[28]) Vgl. Verw. R. a. a. O. S. 262, § 11, IV, 1, a.

[29]) Derselbe, S. 263.

[30]) D. J. Z. 1926, Sp. 91.

[31]) Vgl. Kormann, a. a. O. S. 175, § 22, und Andersen, a. a. O. S. 109—113, § 12.

fassungsmäßig berufenen Gesetzgebungskörperschaften erlassen worden ist — die Gesetzgebungskompetenz innerhalb einer bestimmten sachlichen und örtlichen Grenze delegiert worden, hier gebunden an die Genehmigung des zuständigen Ministers. Ein solches Ortsstatut schafft also innerhalb seines örtlichen Zuständigkeitskreises für jeden allgemein verbindliches Recht, dessen Wirksamkeit aber abhängt von der Genehmigung einer anderen Behörde. Dieser Genehmigungsakt hat danach hier nicht nur deklaratorische Bedeutung, sondern übt konstitutive, rechtserzeugende Wirkung[32]) aus, er ist wesentlicher Bestandteil des Gesetzgebungsaktes. Daß man hier die stillschweigende Erklärung als ungültig verwerfen muß, erhellt schon aus der Notwendigkeit des Vertrauensschutzes gegenüber auch den Rechtssätzen im materiellen Sinne und aus der rechtlichen Unmöglichkeit, aus dem rein passiven Verhalten eines Organs eine Rechtssatzwirkung für einen zum mindesten zahlenmäßig unbegrenzten Personenkreis zu konstruieren. Diese in einem formellen Gesetz zur Gültigkeit eines Ortsstatuts geforderte Genehmigung des zuständigen Ministers — also einer Verwaltungsbehörde — kann nach der von uns vorher gegebenen Definition insoweit überhaupt nicht als Verwaltungsakt aufgefaßt werden. Denn wenn wir auch als Verwaltungsakt „jede hoheitliche Willensäußerung für den Einzelfall innerhalb der Verwaltung“ begriffen haben, so haben wir doch davon sofort alle Gesetzgebungsakte wie überhaupt jegliche Rechtssätze ausgeschlossen, die ihrem Wesen nach einen abstrakten Inhalt haben. Zwar ist die Erteilung einer solchen Genehmigung an sich eine hoheitliche Willensäußerung für den Einzelfall innerhalb der Verwaltung. Aber dennoch muß man hier die Rechtsnatur des Verwaltungsaktes leugnen. Zwar ist ihr direkter Inhalt allein noch kein Rechtssatz, aber es gelangt eben beim Vorhandensein zweier Faktoren, nämlich des Beschlusses des zuständigen Kommunalorgans und der Genehmigung der staatlichen Behörde ein Rechtssatz zur Entstehung, der dann eben keine Willensäußerung für den Einzelfall mehr darstellt, sondern eine Allgemeinregelung mit abstraktem Inhalt. Dieser Vergleich ist daher

[32]) Vgl. Urteilsbegründung a. a. O., D. J. Z. 1926, Sp. 91.

auf den normalen Verwaltungsakt mit hoheitlicher Willensäußerung für den Einzelfall zuungunsten des Staatsbürgers nicht anzuwenden, wenn auch der Rechtsstaatsbegriff hier wie dort die Grunderwägung bildet; die Gründe aber, die dazu führen, sind andere.

Ebenso eindeutig ist die Sachlage bei der stillschweigenden Entziehung gewerbepolizeilicher Genehmigungen. Zunächst schon ist die ganze Erteilung einer gewerbepolizeilichen Konzession eine förmliche, da die Erteilung der Konzession nach § 17 der Reichsgewerbeordnung nur nach einem vorangegangenen Bekanntmachungs- und Erörterungsverfahren erfolgen darf, infolgedessen könnte schon deshalb die Entziehung nicht formlos erfolgen. Außerdem schafft die von der Gewerbepolizeibehörde erteilte Konzession zwar kein subjektives Recht, wohl aber einen öffentlich-rechtlichen Besitzstand, da die Konzession gemäß § 53 RGO. nur aus den im Gesetz angeführten Gründen entzogen werden kann. Überdies kann die Entziehung nach den §§ 119, 120 ZG. nur durch förmliche Klage im Verwaltungsstreitverfahren erfolgen, so daß hier schon durch positive Rechtsvorschrift die Zulässigkeit einer stillschweigenden Hoheitserklärung ausgeschlossen ist. Man muß deshalb gerade im Gegensatz zu Jellinek[33]) aus der Tatsache, daß das Gesetz diesen Verwaltungsakt zuungunsten des Staatsbürgers an eine besondere Form gebunden erklärt hat, wieder zu dem Ergebnis kommen, daß andere Verwaltungsakte zuungunsten des Untertanen auch unter den allgemein vorherrschenden Grundsatz der Formlosigkeit fallen.

Schließlich haben wir den Satz Jellineks[34]) von der „Anerkennung stillschweigend ergangener Verwaltungsakte durch die Gerichte nur in dem Falle, daß ohne die Anerkennung solcher Akte die Rechtsstellung des Bürgers unbillig schlecht gestaltet worden wäre", noch dahin zu erweitern, daß dieser Gedanke wohl in der Rechtsprechung einer der verschiedenen inneren Gründe zur Anerkennung stillschweigender Verwaltungsakte gewesen sein mag, daß aber dieses einschränkende Moment der Zulässigkeit in nur

[33]) Verw. R. a. a. O. S. 263.

[34]) a. a. O. S. 262.

ganz bestimmten Fällen in der Begründung nicht zum Ausdruck gekommen ist. Vielmehr hat das Oberverwaltungsgericht des öfteren, insbesondere bei der Anerkennung polizeilicher Verfügungen, ausdrücklich hervorgehoben[35]), daß für polizeiliche Verfügungen durch das Gesetz eine besondere Form überhaupt nicht vorgeschrieben ist, und hat sich damit ebenfalls auf den Grundsatz der allgemeinen Formlosigkeit für Verwaltungsakte gestellt.

Ein solch formlos ergangener Verwaltungsakt kann nun in verschiedenartigster Weise auf die Rechtssphäre des Staatsbürgers einwirken, kann sich dem Betroffenen gegenüber in verschiedenen Formen äußern. Das Tätigwerden des Reviervorstehers gegenüber dem N. bestand in dem Eindringen in seine Wohnung unter dem Protest seiner Diener und seinem Aufenthalt in derselben während der Herausschaffung von Sachen durch die inzwischen herbeigeholten Dienstmänner. Dieses gewaltsame Eindringen des Polizeibeamten in die Wohnung des N. und sein Verweilen in derselben stellen sich dar als rein körperliche Betätigungen, die eben an sich schon einen Eingriff in die Rechtssphäre des Staatsbürgers bilden. Wir nennen diese körperlichen Betätigungen von Verwaltungsorganen im Anschluß an Jellinek[36]) Verwaltungsakte tatsächlicher Art. Zu „Verwaltungsakten, die bei behaupteter Rechtswidrigkeit dem geordneten Anfechtungsverfahren vor den Verwaltungsgerichten unterliegen, macht sie der in ihnen steckende Duldungsbefehl der Verwaltungsbehörde, den tatsächlichen Eingriff über sich ergehen zu lassen"[37]).

Diese körperliche Betätigung von Polizeibehörden als „unmittelbare Eingriffe" haben wir in Gegensatz zu brin-

---

[35]) Bd. 47, 395; 49, 208 ff; 58, 264 ff.

[36]) Verw. R. a. a. O. S. 250, § 11, II, 3.

[37]) Jellinek, a. a. O. S. 251; vgl. auch Jellinek, Gesetz . . ., S. 206, § 10, I, 3, wo er auch von der „Begründung einer Duldungspflicht des Bürgers gegenüber dem behördlichen Eingriff tatsächlicher Art" spricht.

gen zur polizeilichen Zwangsvollstreckung. Letztere findet erst statt, nachdem der Versuch, den Einzelnen durch besonderen Befehl zur Herstellung des seiner polizeilichen Pflicht entsprechenden tatsächlichen Zustandes zu bewegen, erfolglos geblieben ist; hier wird das Gewollte mittels Erzwingung dieses Befehls durchgesetzt[38]). Wenn aber der Zwang, wie in unserem Falle, zur Verwendung kommt ohne den Umweg über einen Gehorsam heischenden Einzelbefehl, so ergibt es den unmittelbaren Polizeizwang. Danach liegt der „unmittelbare Zwang" des § 132 Abs. III LVG. vor, wenn die Behörde die Herstellung des von ihr verlangten Zustandes der Dinge nicht von einer Handlung des Verpflichteten erwartet und auf dessen Willen auch nicht durch Erfordern von Kosten und Strafen einwirkt, sondern jenen Zustand selbsttätig durch eigenes Handeln herstellt. Stellt die Behörde einen polizeimäßigen Zustand selbsttätig durch eigenes Handeln her, „ohne dem Verpflichteten eine Handlung durch vorgängige Anordnung aufzuerlegen, so enthält die tatsächliche Herstellung des verlangten Zustandes nicht lediglich die Anwendung eines Zwangsmittels, sondern zugleich das durch die Tat ausgedrückte Verlangen, daß dieser Zustand hergestellt werden muß"[39]). So das Oberverwaltungsgericht in Übereinstimmung mit Jellinek[40]), der schon der räumlichen Nähe, der bloßen Anwesenheit eines Polizeibeamten „den Charakter eines verfügungsmäßigen Eingriffs" verleiht, erst recht natürlich dem gewaltsamen Eindringen in eine Wohnung. Otto

---

[38]) Vgl. Otto Mayer, a. a. O. Bd. 1, S. 287, § 25.

[39]) OVG. Bd. 22, 421; vgl. auch Bd. 49, 208; anders Kormann, a. a. O. S. 15, § 3, der die „rein tatsächlichen Akte" nicht den übrigen Verwaltungsakten gleichstellen kann und ihnen nur insofern juristische Natur zulegt, als sich an sie staatliche Entschädigungspflichten knüpfen können; auch Thoma, a. a. O. S. 97, § 11, 3, scheidet den „sofortigen" — womit er im Gegensatz zu O. Mayer den unmittelbaren Zwang meint, — „Zwang" streng von der „Polizeiverfügung".

[40]) Gesetz . . . ., a. a. O. S. 204, § 10, I, 2; ähnlich Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechts, 1921, S. 272; so auch Friedrichs, a. a. O. § 127, Note 15 und Drews, Preußisches Polizeirecht, allgem. Teil, 1927, S. 60.

Mayer [41]) erkennt bei obiger Entscheidung die Tendenz des Oberverwaltungsgerichts, in dem unmittelbaren Polizeizwang die „polizeiliche Verfügung aufzuweisen", um dem Betroffenen die Rechtsmittel der §§ 127, 128 LVG. in die Hand zu geben anstelle der formloseren Beschwerde im Aufsichtswege nach § 133, Abs. II. Als irrtümlich bezeichnet er nur die Annahme, daß das Mittel des unmittelbaren Zwanges „nicht doch auch zur Erzwingung einer durch vorherige Anordnung auferlegten Handlung" verwendet werden könnte, wo es dann kein unmittelbarer Zwang im festgestellten Begriff wäre; „das Gesetz habe eben die Gewaltanwendung in beiden Verwertungsformen zusammengeworfen". Eine bedeutende Stärkung der hier entwickelten Ansicht ist auch in einer Entscheidung des Reichsgerichts zu sehen, welches es für den Begriff der Polizeiverfügung für bedeutungslos hält, „ob die Polizeibehörde den Beteiligten zu der Handlung oder Unterlassung, welche sie erzwingen will, erst auffordert, oder ob sie das von ihr für notwendig Erachtete sogleich durch eine von ihr beauftragte Person ausführen läßt" [42]). Regelmäßig ergeht die Polizeiverfügung danach als besondere Anordnung, gehörig erlassen und kundgemacht dem Zwange voraus. Ausnahmsweise nur kann unmittelbarer Zwang angewendet werden, also ohne vorausgehende Anordnung; dann steckt darin stillschweigend die Verfügung, gegen die geklagt werden darf. In dem durch gewaltsamen Eintritt und Verweilen in der Wohnung des N. durch den Polizeibeamten ohne vorherige Aufforderung zum Ausdruck gebrachten Zwang zur Duldung liegt demnach nicht lediglich die Anwendung eines Zwangsmittels, sondern zugleich eine durch die Tat ausgedrückte Anordnung an die Dienerschaft des N. und damit an ihn selbst [43]).

---

41) a. a. O. Bd. 1, S. 288, § 25, Anm. 1.

42) Entsch. in Zivilsachen, Bd. 51, 328.

43) Vgl. dazu auch OVG. 79, 404/05 und Meyer-Dochow, a. a. O. S. 21, Note 18.

Da aber besonders auch die Abgrenzung zwischen hoheitlichen und nichthoheitlichen Willensäußerungen der Verwaltungsbehörden, wie bereits dargelegt, für die Rechtsnatur einer Verwaltungsmaßnahme von Bedeutung ist[44]), haben wir die sogenannte „passive Assistenz" des Reviervorstehers, die in dem Betreten der Wohnung des N. und in dem Aufenthalt in derselben zum Ausdruck kommt, noch auf ihren hoheitlichen Charakter hin eingehend zu untersuchen und zu prüfen, ob sie auch unter diesem Gesichtswinkel betrachtet die Erfordernisse einer „Polizeiverfügung" als Äußerung der hoheitlichen Polizeigewalt erfüllt, oder ob sie sich nicht als eine bloße Mahnung, ein vermittelndes Ersuchen des Polizeibeamten auf gleichgeordneter, gesellschaftlicher Basis darstellt. Auch Kormann[45]) hat darauf hingewiesen, daß der die Polizeiverfügung umfassende Befehl scharf von der bloßen Mahnung zu unterscheiden, eine Grenzziehung aber trotzdem äußerst schwierig ist. Er glaubt durch zwei Leitsätze eine Entscheidung in dieser Frage herbeiführen zu können, indem er stets dann einen Befehl als gegeben annimmt, „wenn eine behördliche Erklärung erst dazu führt, eine gesetzlich schon bestehende, aber doch nur abstrakte, oder einen zwar durch einen anderen, namentlich eine Entscheidung bereits teilweise, aber noch nicht vollständig konkretisierte Verpflichtung, endgültig zu konkretisieren"[46]); aber auch er muß gleich wieder eine Einschränkung seiner These zugestehen[47]), indem er selbst bei vollständiger Konkretisierung einer Verpflichtung durch Gesetz oder Entscheidung es auf die Absicht des handelnden Beamten abstellt, „ob er nur auf diese Verpflichtung aufmerksam machen, also mahnen, oder ob er wirklich befehlen, d. h. Gehorsam für seine eigene Willenserklärung heischen will". In dem unserer Erörterung zugrunde gelegten konkreten Falle aber braucht die subjektive Befehlsabsicht des Reviervorstehers für die Befehlsnatur seiner Anordnungen nicht in Erwägung gezogen werden, wenn wir einmal Kormanns Theorie darauf

[44]) Vgl. auch Thoma, a. a. O. S. 79, § 9, II und Anm. 7.

[45]) a. a. O. S. 75, § 11, III.

[46]) Kormann, a. a. O. S. 75, § 11, III.

[47]) Derselbe, a. a. O. S. 76.

anwenden wollen. Denn daß eine durch Gesetz oder durch Entscheidung für diesen Einzelfall konkretisierte Verpflichtung hier nicht vorliegt, bedarf wohl keiner weiteren Beweisführung. Der Vorsteher des Polizeireviers ist lediglich tätig geworden auf Grund der gesetzlich bestehenden abstrakten Regelung der polizeilichen Zuständigkeit und hat aus dieser generellen Ermächtigung heraus die Verpflichtung zur Duldung seiner stillschweigend erklärten Anordnungen endgültig konkretisiert. Ob er dabei seine Zuständigkeit verkannt oder überschätzt hat, ist für die Beurteilung der rechtlichen Natur seines Handelns ohne jede Bedeutung, nachdem wir mit Jellinek [48]) unter Polizeiverfügungen alle positiven und negativen Verwaltungsakte bestimmt haben, die eine Polizeibehörde in Ausübung ihrer, wenn auch mißverstandenen oder mißbräuchlich gehandhabten Polizeigewalt vornimmt.

Gerade diese Frage hat in mannigfacher Art und Begründung in Literatur und Rechtsprechung [49]) ihre Erörterung gefunden. Wenn wir auch Andersen [50]) bei seiner in Fortführung der Lehre Otto Mayers [51]) erhobenen Forderung nach dem „Urteilsmäßigen" im Verwaltungsakt nicht folgen konnten, so müssen wir doch seine Analysierung des Verwaltungsaktbegriffes insofern als berechtigt anerkennen, als er nicht alle von der Verwaltung herrührenden konkreten Aussprüche, die mit nach außen gehender Rechtswirkung ausgestattet sind, als Verwaltungsakte bewertet wissen will, sondern nur diejenigen, die einen rechtsgeschäftlichen Inhalt haben; wobei er unter erstere nicht nur die rechtlich völlig bedeutungslosen Aussprüche der Verwaltung, wie Neujahrsgruß des Wehrministers an die Soldaten, sondern auch die nur interne Rechtswirkungen für die Organe selbst besitzenden Dienstbefehle [52]), wie auch die bloßen Mitteilungen und Mah-

---

[48]) Verw. R. a. a. O. S. 411, § 20, I, 3.

[49]) OVG. Bd. 34, 430; 43, 396; 45, 397; 73, 313; 79, 400.

[50]) a. a. O. S. 27, § 3, 1.

[51]) a. a. O. Bd. 1, S. 93, § 9.

[52]) Andersen, a. a. O. S. 32, auch S. 30; vgl. dazu auch Jellinek, Gesetz . . . ., S. 204, Anm. 4.

nungen der Behörde rechnet. Wir halten es aber für ebenso schwierig auf dem Wege der Untersuchung einer Polizeitätigkeit nach ihrem rechtsgeschäftlichen Inhalt zu einer Entscheidung ihrer Rechtsstruktur zu gelangen wie mit Hilfe der von Kormann gegebenen Leitsätze. Wie schon diese Schwankungen und kleinen Widersprüche in Literatur und teilweise auch der Rechtsprechung über die begriffliche Abgrenzung von hoheitlichen und nicht hoheitlichen Aussprüchen der Verwaltung erweisen, ist es überhaupt nicht für besonders zweckmäßig zu erachten, in reiner Theorie eine Normierung dafür, eine scheidende Mittellinie finden zu wollen, da sich praktisch immer wieder Fälle ergeben werden, die sich weder in die eine noch die andere Norm werden einfügen lassen. So scheidet Jellinek [53]) wieder die polizeiliche Verfügung, den bindenden [54]) Verwaltungsakt, von den bloßen Mahnungen, Warnungen und Belehrungen dadurch, daß er nur solchen Verfügungen einer Polizeibehörde als „Polizeiverfügung" Geltung zugesteht, die es auch ihrem Gegenstande nach sind. Bei der Behandlung der tatsächlichen Eingriffe als stillschweigend erklärter polizeilicher Verfügungen zieht er [55]) die Grenze des Hoheitsmäßigen sogar so weit, daß er „bei verfeinerter Anschauung über die Grenze der persönlichen Rechtssphäre" selbst Akte, die nicht so offensichtlich in die Rechtssphäre des Einzelnen eingreifen, wie z. B. die räumliche Nähe eines Polizeibeamten, der eine Frau vor einer unsanften ehelichen Aussprache schützen soll, als Eingriffe tatsächlicher Art, also als Hoheitsakte, ansieht.

Ob daher im einzelnen Falle die Behörde in hoheitlicher Funktion dem Staatsbürger entgegengetreten ist, kann nicht durch Aufstellung einer generellen Norm festgelegt werden, sondern hat man in jedem einzelnen Falle aus dem Wortlaut und dem Gegenstand der Verfügung

---

[53]) Verw. R. S. 307, § 13, III, 2; Kormann, a. a. O. S. 74 ff dagegen hält die von Herrnritt a. a. O. S. 272 behauptete „Erzwingbarkeit" nicht für begriffswesentlich, gibt aber zu, daß Befehle ohne Erzwingbarkeit den bloßen Aufforderungen, Mahnungen, Drohungen beizuzählen sein werden.

[54]) So auch Loening, a. a. O. S. 241 und Thoma, a. a. O. S. 51.

[55]) Jellinek, Verw. R. S. 251, § 11, II, 3b.

oder, wenn infolge Fehlens einer besonderen Form der Erklärung dies nicht möglich ist, aus dem Zusammenhange der Vorgänge und deren erkennbarer Absicht zu entnehmen[56]). Dabei ist davon auszugehen, daß eine Behörde ihre Anordnungen mit solcher Bestimmtheit und Begründung erlassen soll, daß der Betroffene erkennen kann, worum es sich handelt. Ist dies nicht eindeutig erkennbar, muß die Behörde diejenige Auffassung gegen sich gelten lassen, die der Betroffene der Verfügung beilegt[57]). Wenn in die Wohnung des N. ein Polizeibeamter trotz des Hinweises der Dienerschaft auf das ausdrückliche Verbot ihres Herrn gewaltsam eindringt, und dort in seiner Anwesenheit, nein nur auf Grund seiner Anwesenheit Gegenstände aus der Wohnung herausgeschafft werden, so bedeutet das einen Eingriff kraft hoheitlicher Überordnung, so ist dies ein Verwaltungsakt, ein „publizistisches Rechtsgeschäft"[58]). Hier kann man der Theorie Andersens folgend nicht mehr von rein „gesellschaftlichen"[59]) Akten oder in Angleichung an das Privatrecht von „Rechtshandlungen" der Behörde im Gegensatz zum „publizistischen Rechtsgeschäft" sprechen; denn Rechtshandlungen sind Handlungen, an die sich rechtliche Wirkungen ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden anknüpfen, während bei den Verwaltungsakten als Rechtsgeschäften die rechtlichen Wirkungen gerade deshalb eintreten, weil die handelnde Behörde den Eintritt dieser Wirkungen will[60]). Die Wirkungen, die sich an die Anwesenheit des Reviervorstehers in der Wohnung des N. geknüpft haben, nämlich die Duldung der Diener zum Herausschaffen der Sachen aus der Wohnung und damit das Herausschaffen selbst, sind nicht etwa eingetreten, ohne daß sein Wille dafür bestimmend gewesen ist. Der Beamte ist vielmehr tätig geworden, um gerade durch seine Anwesenheit die Diener in dieser Richtung zu beeinflussen; er ist mit der bewußten Absicht in die Wohnung eingedrungen,

---

[56]) Vgl. v. Brauchitsch, a. a. O. Bd. 1, S. 280, Kap. VI, 29a und OVG. Bd. 80, 182.

[57]) So auch OVG. Bd. 79, 403.

[58]) Vgl. Kormann, a. a. O. S. 19.

[59]) Vgl. Jellinek, Gesetz . . . ., S. 206, § 10, I, 2g.

[60]) So auch Hatschek, a. a. O. S. 10/11, § 2, II.

diesen Erfolg herbeizuführen, da der Bruder L. auf Verabredung mit Frau N. nur zu diesem Zwecke mit ihm in der Wohnung erschienen ist. Er muß demnach von dem Befehl des N. an die Dienstboten, fremde Personen, insbesondere die Verwandten der Frau, nicht einzulassen und auch die Fortschaffung von Sachen aus der Wohnung nicht zu dulden, durch Frau N. und deren Bruder L. Kenntnis gehabt haben; andernfalls wäre sein Erscheinen durchaus unverständlich und zwecklos gewesen.

Wir können demnach sowohl auf Grund unserer Untersuchungen nach allen drei von uns dargelegten Theorien der Wissenschaft [61]) wie auch nach Erforschung der Zusammenhänge des von uns zugrunde gelegten Vorganges sowie der hierbei kundgewordenen Absicht zu dem vorläufigen Ergebnis kommen, daß die von dem Reviervorsteher geübte „passive Assistenz" als ein aus einem tatsächlichen polizeilichen Angriff in die Rechtssphäre des N. resultierender hoheitlicher Verwaltungsakt angesehen werden muß.

Bedenken gegen die Anerkennung „passiver Assistenz" polizeilicher Exekutivorgane als hoheitlicher Verwaltungsakt können sich nur noch insoweit ergeben, als die Angreifbarkeit derartiger polizeilicher Hoheitsmaßnahmen mit den im Landesverwaltungsgesetz [62]) zugelassenen Rechtsmitteln nur dann gegeben ist, wenn diese Akte von Polizeibehörden gesetzt worden sind. Man muß aus dieser Wortfassung des Gesetzes die Folgerung ziehen, daß Polizeimaßnahmen, die nicht von der Polizeibehörde als solcher ergangen sind, danach nicht zu den Hoheitsakten der Verwaltung gerechnet werden sollen, denn gerade nur gegen die Hoheitsakte der Polizei sollen doch die in den §§ 127 ff LVG. angegebenen Rechtsmittel dem Staatsbürger als Schutz zur Verfügung stehen. Soviel ist ohne weiteres klar,

---

[61]) Siehe Kormann, a. a. O. S. 75; Andersen, a. a. O. S. 34; Jellinek, Verw. R. S. 307.

[62]) §§ 127, 128 ff.

daß eine Behörde auch durch eine Einzelperson verkörpert werden kann im Gegensatz zu den Kollegialbehörden, die sich aus mehreren Personen zusammensetzen. Ist nun der Vorsteher eines Polizeireviers in dem Sinne des § 127 LVG. als „B e h ö r d e" anzusprechen?

Wir können vielleicht mit H a t s c h e k [63]) den Begriff der Behörde am besten dahin definieren, daß „Behörde die organisierte Trägerschaft eines öffentlich-rechtlichen Gemeinwillens von bestimmter örtlicher und sachlicher Zuständigkeit ist, wo der jeweilige Träger mit seinem Vorgänger und Nachfolger im Amt eine Einheit und in dieser Einheit gegenüber anderen Trägern des öffentlich-rechtlichen Gemeinwesens ein selbständiges Ganzes darstellt" [64]). Wesentlich für den Begriff „Behörde" ist dabei jedenfalls, daß die als Behörde zu bezeichnende Institution eine derartige, durch Recht und Verfassung dauernd geregelte Organisation erhalten hat, daß ihr Bestand unabhängig ist von der Existenz, dem Wegfall, dem Wechsel der Beamten als der physischen Personen, welchen die Besorgung der in den Kreis des Amtes fallenden Geschäfte anvertraut ist [65]). Die Behörden gliedern sich wieder in Zentral-, Mittel- und Unterbehörden, wobei bei den Polizeibehörden unterster Instanz zu unterscheiden ist zwischen staatlichen und kommunalen Polizeibehörden, obwohl auch letztere den Charakter einer staatlichen Behörde besitzen; denn die Polizeigewalt ist eine einheitliche staatliche, ist der Ausfluß der allgemeinen Hoheitsgewalt des Staates.

Im allgemeinen ist die Ortspolizei in der Hand eines kommunalen Verwaltungsorgans, nur in den größeren Städten wird sie durch eine besondere staatliche Polizeiverwaltung ausgeübt, an deren Spitze dann ein unmittelbarer Staatsbeamter als Polizeiverwalter steht, Polizei-

---

63) a. a. O. S. 79, § 13, I.

64) Der Behördenbegriff wird in der Literatur nicht einheitlich aufgefaßt: so wie hier Jellinek, Verw. R. S. 347, § 21, II; v. Bitter, Handwörterbuch der preußischen Verwaltung, Bd. 1, 1928, S. 211. Anders aber O. Mayer, a. a. O. Bd. 1, S. 93 ff, der als das die Behörde kennzeichnende Merkmal die Fähigkeit, Verwaltungsakte zu erlassen, ansieht, und dabei die o r g a n i s a t o r i s c h e E i n h e i t außer acht läßt.

65) Vgl. RG. Str. Bd. 18, S. 250 und Bd. 32, S. 366.

präsident oder Polizeidirektor genannt. Ein solcher staatlicher Ortspolizeibezirk wird je nach seiner Größe wieder in Polizeiinspektionen eingeteilt, deren Leitung einem höheren Polizeiexekutivbeamten obliegt. Den Polizeiinspektionen schließlich sind die Reviere unterstellt[66]).

Behörde im Hinblick auf die Angreifbarkeit polizeilicher Hoheitsakte auf Grund der §§ 127 ff LVG. ist demnach nur die Ortspolizeiverwaltung als solche, und zwar büromäßig formierte, da sie nur e i n e physische Person als Träger des durch sie zum Ausdruck kommenden hoheitlichen Staatswillens hat. Der Reviervorsteher eines staatlichen Polizeireviers ist dagegen nur polizeiliches Exekutivorgan der untersten selbständigen Polizeibehörden, nämlich der Ortspolizeibehörde. Der Reviervorsteher und die Verwaltung eines Polizeireviers ist nicht ein o b j e k t i v i e r t e s Staatsorgan, d. h. ein Organ mit Rücksicht auf einen objektiv abgegrenzten Kreis staatlicher Geschäfte und ohne Rücksicht darauf, welches Subjekt den Behördenwillen bildet, sondern ist nur ein A m t als das s u b j e k t i v i e r t e Organ, d. h. der einer bestimmten Person zugewiesene Kreis öffentlcher Geschäfte[67]). Er kann danach nicht unter dem Begriff der „Polizeibehörde“ im Sinne des § 127 LVG. verstanden werden.

Andererseits müssen wir uns aber wohl sagen, daß der Sinn und der Zweck des Gesetzes wohl kaum ein so eng zu fassender sein kann, daß er den von ihm gewährleisteten Rechtsschutz nur bei Verfügungen des Behördenträgers selbst zur Anwendung kommen lassen will. Es wäre unbillig und mit den Tendenzen eines geordneten Staatswesens unvereinbar, wenn man in den im praktischen Leben sehr häufigen Fällen, in denen durch Polizeiexekutivbeamte in die Rechtssphäre des Staatsbürgers eingegriffen wird, welche Eingriffe sich dann meistens als „Verwaltungsakte tatsächlicher Art“ darstellen werden, dem Betroffenen die Rechtsmittel des Landesverwaltungsgesetzes gegen Polizeiverfügungen entziehen und ihm

---

[66]) Vgl. zu dieser Gliederung Retzlaff, Polizeihandbuch 1925, S. 85—88.

[67]) Vgl. dazu Hatschek, a. a. O. S. 61, § 11, I.

lediglich die frist- und formlose Aufsichtsbeschwerde gewähren wollte.

Wissenschaft und Praxis haben daher auch in fast einheitlicher Auffassung zum Ausdruck gebracht, daß Anordnungen der ausführenden Organe der Polizeibehörden, sofern und soweit sie dabei im Auftrage des Inhabers der ortspolizeilichen Gewalt handelten oder ihr Handeln von dem Inhaber der Gewalt nachträglich gebilligt worden ist[68]), als Hoheitsakt des Behördenträgers selbst aufzufassen sind und der Anfechtung mit den in den §§ 127, 128 LVG. vorgesehenen Rechtsmitteln unterliegen. So hat auch v. Brauchitsch[69]) besonders hervorgehoben, daß die der Polizeibehörde untergeordneten Organe, wenn sie auch nicht in jedem Falle im besonderen Auftrage, so doch immer stets auf Grund des allgemeinen Polizeiauftrages der Behörde tätig werden, daß also polizeiliche Gebote und Verbote die sie in ihrer Eigenschaft als Organe der Behörde erlassen, stets als Verfügungen der Polizeibehörde selbst zu gelten haben und folgeweise auch mit den gegen diese vorgeschriebenen Rechtsbehelfen angreifbar seien. Otto Mayer[70]) dagegen leugnet überhaupt die begriffliche Möglichkeit eines Befehls und damit naturgemäß auch einer Verfügung eines Exekutivorgans ohne besondere spezielle Ermächtigung und polemisiert gegen die Theorie von den drei „mündlichen Befehlen" der Polizeibeamten von Laband[71]) wie auch gegen den teilweise der Meinung Labands folgenden Kormann[72]), der seine Ansicht „als berechtigt nicht anerkennen" kann. Kritik übt er[73]) auch an einer Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 28. 10. 1897, in der die Aufforderung eines Gendarmen an die Ange-

---

[68]) OVG. Bd. 43, 210; wie auch 49, 208; 58, 265; 75, 341.

[69]) a. a. O. Bd. 1, S. 116 Anm. 5 zu § 128 LVG; ähnlich Retzlaff, a. a. O. 118, II, 9; Illing-Kautz, Handbuch für preußische Verwaltungsbeamte, Bd. 1, 1905, S. 678/79; Drews, a. a. O. S. 55 ff; Jellinek, Gesetz . . . ., S. 204—206, § 10, I, 2.

[70]) a. a. O. Bd. 1, S. 234, Anm. 11, II.

[71]) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1911/13, S. 196.

[72]) a. a. O. S. 75, § 11, 3.

[73]) Otto Mayer, a. a. O. Bd. 1, S. 229 Anm. 4.

klagten, den Standort am Trottoir zu verlassen, im Gegensatz zum Landgericht, welches die von einem polizeilichen Dienstorgan ergangenen Anordnungen für den Einzelfall nicht als Verfügung ansah, als rechtsverbindlich anerkannt wurde. Für ihn ist diese Befehlsgewalt der Nichtbehörde juristisch nur haltbar auf Grund der noch nicht völlig überwundenen Auffassung des Straßenverkehrs als einer besonderen Gewährung von Seiten des Staats, als einer Anstaltsnutzung, die den Benutzenden unter die Anstaltsgewalt bringt; da wären dann solche Anweisungen des Anstaltspersonal erklärlich, die gleichwohl auch als Polizeibefehle gelten könnten. Wir können uns aber aus den dargelegten Erwägungen in dieser Frage nicht zu dem Standpunkt Otto Mayers bekennen, folgen vielmehr der Ansicht Kormanns [74]), welcher als ähnliches Beispiel die Aufforderung des Schutzmanns bei einer Menschenansammlung an die Menge zum Auseinandergehen anführt, die seiner Auffassung nach ganz sicher einen Befehl darstellt, wie auch wir die Möglichkeit der Befehlsgewalt des ausführenden Organs kraft seines allgemeinen Polizeiauftrages grundsätzlich bejahen müssen [75]).

Zurückkehrend zu dem Ausgangspunkt unserer Betrachtung können wir daher abschließend die Norm aufstellen, daß die Rechtsbehelfe der §§ 127, 128 LVG. immer dann zulässig sind, wenn eine Verfügung als polizeiliche erlassen ist, wenn die Behörde sich in ihr ausdrücklich oder stillschweigend auf ihre polizeiliche Zuständigkeit beruft oder auch dann, wenn die Behörde keine andere Zuständigkeit als die polizeiliche — wie immer die staatliche Polizei — besitzt. Es kann danach keinem Zweifel unterliegen, daß unter den dargestellten Umständen in der von dem

---

[74]) a. a. O. S. 75, § 11, 3.

[75]) Vgl. zu dieser Frage auch Jellinek, Verw. R. S. 262, § 11, IV und OVG., Bd. 75, S. 341, wo der Gemeindevorsteher in seiner Eigenschaft als Organ des Amtsvorstehers eine polizeiliche Verfügung getroffen hat: „Der A. V. hat die Verfügung seines Organs zu vertreten, falls er sie nicht mißbilligt. Das ist nicht geschehen . . . Er hat somit dessen Verfügung zu der seinigen gemacht, so daß dagegen die Rechtsmittel aus den §§ 127, 128 LVG. zur Anfechtung ortspolizeilicher Verfügungen gegeben sind".

Polizeibeamten in der Wohnung gewährten sogenannten „passiven Assistenz“ eine an die Dienerschaft des N. und damit auch an ihn selbst gerichtete Anordnung liegt, den Aufenthalt des genannten Beamten in der Wohnung zum Zwecke der sicheren Fortschaffung von Sachen zu dulden und sich jeder Handlung zu enthalten, welche diesem Unternehmen ein Hindernis bereiten könnte[76]). Diese Anordnung ist eine polizeiliche Verfügung, und sie verliert den hoheitlichen Charakter einer solchen auch nicht, wenn der Vorsteher des Polizeireviers als Exekutivorgan des Trägers der Ortspolizeibehörde — hier würde es der Polizeipräsident sein — aus eigener Entschließung gehandelt haben sollte; denn die Polizeibehörde hat das Verfahren ihres Organs nicht gemißbilligt, und es ist daher so zu beurteilen, wie wenn es von ihr selbst veranlaßt worden wäre.

---

[76]) Vgl. dazu die eingangs angeführte Entscheidung OVG. Bd. 58, S. 264 ff.

Lebenslauf

Ich bin am 8. Januar 1905 als Sohn des im Jahre 1923 verstorbenen Konrektors Paul Haucke in Miechowitz bei Beuthen OS. geboren worden. In der katholischen Religion erzogen, besuchte ich das staatliche Hindenburg-gymnasium in Beuthen, das ich Ostern 1925 mit dem Reifezeugnis verließ. Nach einsemestrigem Studium an der Universität Tübingen habe ich bis zum W. S. 1928/29 an der Universität in Breslau studiert und am 7. und 8. Juni 1929 vor der dortigen Prüfungskommission am Oberlandesgericht die erste juristische Staatsprüfung abgelegt.

Das mündliche Doktorexamen habe ich am 27. Juni 1929 bestanden.